

## 香港法律改革委員會

### 企業拯救及無力償債情況下營商 研究報告書 摘要

#### 臨時監管：(報告書第 1 及 3 章)

1. 目前，有財政困難的香港公司可嘗試與債權人以非法定償債安排方式協議作出安排，或根據《公司條例》第 166 條債務償還安排及重整的規定協議作出安排。這些安排的主要不足之處，在於並無設定對債權人有約束力的暫停進行法律程序措施，以便在期間制訂債務償還安排。

2. 藉臨時監管達致的自願償債安排是一種工具，用以協助一間公司避免清盤，協助整間公司或公司一部分持續經營，或協助公司償還全部或部分債項。這工具在公司資產變現方面比清盤更為有利，或可為債權人及公司成員爭取比清盤較佳的回報。上述一般目的，可透過自願償債安排用多種方法達致；例如：

- (a) 延期償付債項，
- (b) 訂立債務重整協議以清償債項，
- (c) 關於向公司提出申索的妥協安排，
- (d) 更改或重新安排欠不同債權人的債項或任何類別債項的償還次序，
- (e) 將全部或部分債項轉換為由公司發行的股分或其他證券，或
- (f) 任何其他關於公司事務的方案或安排。

3. 臨時監管能夠：

- (a) 提供實際基礎，方便計算向債權人作出建議所牽涉的費用及時間。
- (b) 提供一個彈性的架構，從一開始就保證臨時監管人受到法院的保障。
- (c) 控制出庭的費用，因為臨時監管人只須在 30 日後上庭，其後，只有他申請將臨時監管延期，或公司被視為以債權人自願清盤方式清盤，他才須再上庭。
- (d) 列明臨時監管人的職份，賦予臨時監管人管理權力，防止債權人以提出訴訟威脅從而達到自己的目的，容許公司尋求有特別優先償債權的借貸，讓債權人就建議投票議決，亦讓公司順利過渡至達成自願安排或清盤。
- (e) 有較明確的進度規定。債權人可確實知道在 6 個月內他們就可以對訂定的建議表示意見。

#### 臨時監管的優點

4. 如果公司在臨時監管期能夠達成自願償債安排，則有頗大機會轉虧為盈。對股東而言，這亦有相當吸引力，因為公司如果清盤，他們在公司資產分配的名單中通常排名最後。

5. 對僱員來說，維持就業至為重要。有關對僱員的影響，見下文第 19 段。

6. 沒有抵押債權人在公司清盤中的處境一般認為都是很差的。在 1991/92 年度至 1994/95 年度 4 年間，向普通債權人繳付平均 27.78% 的首期及末期攤還債款，平均需時為 5.12 年。

7. 一間公司通常有多名有抵押債權人對公司的資產有不同的抵押及佔不同的優先償付次序。由於浮動抵押的性質容許公司在日常業務中處理該項抵押所指定的資產，因此公司的資產價值可能會降低，導致全部或部份有抵押債權人並無十足抵押。

### **應進行臨時監管的公司（報告書第 2 章）**

8. 臨時監管程序應適用於根據《公司條例》第 I 及第 XI 部成立及／或註冊的公司，但不包括若干受規管行業。此程序同時適用於上市及非上市公司。大部分香港公司，包括私人公司和公共公司，都是根據《公司條例》第 I 部分註冊的。《公司條例》第 XI 部適用於在香港以外成立為法團的公司，即該部所指的“海外公司”。

9. 將海外公司包括在內是十分重要的，因為香港是個主要國際貿易、製造業及金融中心，有不少跨國公司以不同形式在香港經營。在香港營業的海外公司可選擇根據《公司條例》第 I 部成立香港附屬公司，或按該條例第 XI 部註冊為海外公司。

### **臨時監管程序不適用的公司**

10. 臨時監管不應用於已有法規規管的行業，即是已有條文規定有關當局可接管業務或強制有關公司以某種方式經營的行業。由於各行業的需要不同，故此有關各行業的規管權力相差甚遠。因此，這些受法規規管的行業無需實行臨時監管，但規管機構可考慮透過自行立法實行補救程序。被認為不適用的行業分別是(i)銀行業、(ii)保險業及(iii)證券及期貨業。

### **臨時監管的目的（報告書第 3 章）**

11. 一間公司不論是否有能力償還債項，亦應該能夠接受臨時監管。一間有力償債的公司在發覺經營有困難時，應能尋求監管，這樣會比繼續經營直至無力償債的公司更有機會成功重整。因此，能及早提出接受臨時監管的要求，是良好的管理措施。

### **可以發起程序的人士（報告書第 4 章）**

12. 除公司或公司董事之外，清盤人和接管人亦應可在適當情況下發起或同意發起該程序。無論是誰有權發起程序，他們均應在認識公司財政狀況和前景的情況下作出這項決定。因此，債權人不應有權發起該程序。

### **暫停進行法律程序措施（報告書第 5 章）**

13. 暫停進行法律程序期應在呈遞公司或董事局的議決書和臨時監管人同意任職書時開始實施。首個暫停期應為 30 天，由開始臨時監管起計。之後，如臨時監管人仍未能為債權人制訂建議，他可向法庭申請延期或申請多次延期。

14. 臨時監管人如不能在首個 30 天期間完成償債安排計劃，他只需向法院申請延期。其後，法院可批准延期 30 天或更長時間。如臨時監管人報告他可以完成該項計劃但並非在其後的 30 天內，法院應有酌情權將暫停進行法律程序期延長最高 6 個月，由暫停期開始之日起計算。

15. 一些在封閉市場出現的合資格財務合約，應獲豁免於暫停進行法律程序之外。香港聯合交易所有限公司的中央結算系統就是這樣的一個市場。

16. 6 個月過後，有關將暫停進行法律程序期延長事宜，法院已無任何監察臨時監管人的職權。如果債權人決定將暫停進行法律程序期延長超過 6 個月，他們可以把有關延長期限的檢討的條件，加諸臨時監管人。

17. 如經證明而法院接納暫停進行法律程序措施令債權人遭受嚴重經濟困難，法院可豁免該名債權人於暫停進行法律程序措施及任何自願償債安排之外。這樣，暫停進行法律程序措施便不再適用於該名債權人，而他亦無須接受任何自願償債安排。

18. 臨時監管人應有權將任何類別的債權人排除於暫停進行法律程序措施以外。在這種情況下，暫停進行法律程序措施將不適用於這些債權人。

19. 目前，公司如未清盤，被解僱的僱員不能向破產欠薪保障基金申領賠償，因為只有公司清盤或得到法援署通知表示公司不能清還債務，基金才發放款項。因此，在臨時監管下，僱員可能不獲基金發放任何臨時款項。僱員如因臨時監管而遭解僱，《破產欠薪保障條例》應有條文規定照顧這些僱員，但在上述建議實施之前，應增訂一項與《公司條例》第 79 條相若的條文，規定若委任一名臨時監管人監管某公司，則根據《公司條例》第 265 條在任何清盤中均屬優先償付的拖欠僱員的債務，須從臨時監管人所接管的資產中，較所有其他按第 265 條規定先後次序的債務獲優先償付。

20. 在終止臨時監管或將公司清盤的決議通過後，或在自願償債安排獲債權人批准或拒絕後，暫停進行法律程序期應隨即終止。

### **發起臨時監管程序（報告書第 6 章）**

21. 自願償債安排的建議只有在下列文件呈遞予最高法院登記處及公司註冊處存檔後方可生效：(a)公司或董事局建議作出自願償債安排的決議，或在強制清盤人作出的建議；(b)臨時監管人同意任職書；及(c)董事的誓章，列出發起臨時監管的理由。將文件存檔的作用是令公司進入臨時監管期。決議及同意任職書最後存檔的日期就是臨時監管開始的日期。

22. 公司董事局的誓章應列明發起臨時監管的理由，並附有聲明書表明董事們認為進行臨時監管程序最能保障公司及債權人的利益。這份誓章有助法院考慮日後延長暫停進行法律程序期的申請，亦可對債權人加添保證。

### **臨時監管人的人選問題（報告書第 7 章）**

23. 在大多數情況下，臨時監管人只應從一個由破產管理署署長管理的專業人員小組挑選出來。除了從小組委任臨時監管人外，法院可批准委任並非小組成員

員，但特別適合處理某一公司的拯救工作的人士。臨時監管人一經委任，除了要制訂償債安排計劃外，還須管理公司及參與公司日常的業務。

### **臨時監管人的角色（報告書第 8 章）**

24. 臨時監管人倘將公司的日常運作完全交託予管理層，而自己僅負責審查公司的紀錄及在幕後制訂計劃，會有兩方面的危險。首先，如果債權人認為臨時監管人沒有完全控制權，可能會對他失去信心。其次，如果臨時監管人不能控制公司的管理層，不擇手段的公司董事花費公司資產的機會便會增加。故此管理層不宜保留對公司的完全控制權，而臨時監管人亦應有行政職能。

25. 臨時監管人應有以下職能：

- (a) 評估公司的財政狀況；
- (b) 然後決定自願償債安排的任何目的能否達到；
- (c) 若他認為可達到自願償債安排的目的，便應訂定計劃以達到擬定的目的；
- (d) 訂定計劃後，他應盡可能在初步暫停進行法律程序期間將計劃提交債權人會議，由債權人考慮是否接納或採取其他行動；
- (e) 若臨時監管人在評估公司的財政狀況後認為無法達到自願償債安排的任何目的，便應召開債權人會議；
- (f) 若臨時監管人在開始訂定有關計劃後，發覺無法完成訂定該計劃，便應召開債權人會議，似便他們有最後機會提出拯救公司的計劃或議決是否將公司清盤；
- (g) 在臨時監管期間，他應採取一切必要行動，保護公司的資產；
- (h) 在進行臨時監管時，他須管理公司的事務、業務和財產，主要目的是為整體債權人保存公司的資產；
- (i) 他應為公司的最大利益處事；
- (j) 若有公司董事現時或曾經出任一間曾在任何時間無力償債的公司的董事（不論該公司是在該人出任董事期間或是在其後無力償債的），並且該人作為該公司董事的行為操守，不論獨立來看或連同他作為其他公司的董事的行為操守來看，該人不適宜關涉任何公司的管理，則臨時監管人須向破產管理署署長作出報告。

### **臨時監管人的職責、權利和法律責任（報告書第 9 章）**

26. 臨時監管人在不妨礙他監管公司事務及執行其職能等首要職責的原則下，有責任為了債權人的利益而作出為保護公司資產所需的一切事情。臨時監管人亦應有權向法院尋求指示。在臨時監管人委任前公司欠下的債項，不應由臨時監管人負責。

27. 臨時監管人應有權獲得薪酬，款額由他與發起監管程序和請他擔任此職的人議定。薪酬的水平應在同意任職書內以訂明的格式列明。

### **確定公司的事務（報告書第 10 章）**

28. 臨時監管人一經委任，便須在短時間內研究大量資料，包括確定公司資產的數額、所在，以及取得資產的控制權。如要進行上述工作，臨時監管人須有一定權力，促使有關人士盡快把他所需資料交到他手中，以及須獲得熟悉公司事務的

人士的協助。因此，他應有權在獲委任後的一段短時間內，從一些指定人士（包括董事們和僱員）取得該公司的資產負債狀況說明書。

### **臨時監管人的撤職和辭職（報告書第 11 章）**

29. 如要把一名臨時監管人撤職，必須表明撤職的因由。

30. 假如大多數債權人和臨時監管人本身都表示同意，而且有另一位臨時監管人答應接受委任，臨時監管人應能夠毋須證明有因由而辭職。否則，除非臨時監管人去世或變得精神不健全，他是不許辭職的。

### **特別優先償債權（報告書第 12 章）**

31. 應制定條文，令公司在接受臨時監管期間可以借貸，而該等借貸應可優先於原有債項獲償還，只是不比固定抵押優先。這是因為正受臨時監管的公司極可能需要籌集資金，以作臨時監管期間營運的經費。凡公司需要享有特別優先償還權的借貸，便應首先徵詢原有貸款人是否願意提供，即給予他們第一拒絕權，但如他們拒絕提供借貸，則臨時監管人可循其他途徑尋求借貸。從享有特別優先償還權的借貸所得的資金，僅可用於公司的營運，不得用來償還公司在臨時監管期間開始時已拖欠的全部或部分負債。

### **有抵押債權人（報告書第 13 章）**

32. 任何持有相當大額抵押的債權人，不論是固定抵押或浮動抵押，又或兩者兼備，均有權選擇是否參與臨時監管。倘若有關方面選擇不參與臨時監管，導致臨時監管結束，公司便會回到數天前的境況。有抵押和沒有抵押的債權人會採取慣常的行動。其他有抵押債權人，因其所承受風險或貸款水平不高，故不須用公司的全部或實質上相等於全部資產作抵押給予保障，所以與沒有抵押債權人一樣，須受暫停進行法律程序措施所管限，並且無權選擇是否參與臨時監管。

### **債權人會議的程序（報告書第 16 章）**

33. 在任何為考慮關於臨時監管的事宜而召開的債權人會議上，所有債權人應只成一組，不分類別。債權人會議的法定人數應為一名出席的有資格投票的債權人。若要在債權人會議上通過一項決議以批准某項建議，便需要有親身或委任代表出席會議而就決議投票的債權人的過半數贊成，並且贊成者須持有超過三分之二出席者所持債權總值。

34. 若債權人接納一項自願償債安排的計劃，臨時監管應終止，自願償債安排的各項條款則應開始生效。有關安排對每名有權在通過該安排計劃的會議上投票的債權人均具約束力，亦對公司及其成員具約束力。

### **通過自願償債安排後的情況（報告書第 17 章）**

35. 即使一間公司達成自願償債安排，仍須受到保障。每項自願償債安排均應規定，在該自願償債安排生效的期間，參與安排的各方不得採取對其他方不利的行動；因此：

- (a) 凡受償債安排約束的債權人，不得展開或繼續進行將公司清盤的程序；

- (b) 公司的成員或董事們不得通過或提出任何將公司清盤的決議；
- (c) 凡受償債安排約束的債權人，不得就公司委任接管人，或即使已作出委任，接管人亦不能行使其職位所附帶的權力；
- (d) 凡受償債安排約束的債權人，不得採取任何步驟在該公司的財產上行使抵押權，或繼續行使該等抵押權，或取回已由公司持有的貨物；
- (e) 凡受償債安排約束的債權人，不得展開任何針對公司的訴訟、執行判決、扣押或其他法律行動。

### 自願償債安排的監管人（報告書第 18 章）

36. 自願償債安排的監管人應該只能從破產管理署署長管理的小組委出，在大多數情況下，他會是先前的臨時監管人。自願償債安排的監管人須履行該安排所指定的職責和職能，並享有當中所載的權力，此外，更須代表債權人確保有關公司遵守和落實償債安排的條款。監管人在監管償債安排的執行時，須同時兼顧公司債權人、公司本身和公司股東的利益。

### 在無力償債情況下營商（報告書第 19 章）

37. 一間公司若在無力償債情況下營商，或在理應無機會避免該公司出現無力償債情況而繼續營商，公司董事們便得就該公司無力償債營商承擔法律責任，但公司高層管理人員所須承擔的責任應較少。假如法院發覺董事和高層管理人員（統稱為公司負責人）未有盡忠職守，便會下令他們向公司作出補償。制訂在無力償債下營商須負上法律責任的條文的目的是，在於鼓勵公司負責人正視公司正步向無力償債的事實，並促使他們面對這種情況，避免罔顧後果地繼續營商。

38. 臨時監管措施應該僅屬一種民事補救辦法，而不包含任何刑事成分。除非一間公司清盤，否則沒有理由就該公司在無力償債情況下營商作出起訴申請。事實上，如一間公司繼續營商，便沒有人（例如清盤人）有資格斷定一間公司曾在無力償債的情況下營商，只有清盤人才應有權就一間公司在無力償債的情況下營商作出起訴申請。

39. 無力償債下營商的有關條文，應適用於公司的所有董事，不論他們是已有效被委任為董事，未經有效委任而擅自顯示自己為董事身分，還是影子董事。在無力償債情況下營商所引致的法律責任，不應由集體去承擔，清盤人應顧及一名董事在公司清盤前所作的行為，並顧及他的能力及專才。一名董事若能證明他曾就無力償債下營商警告董事局，亦曾反對公司採取最終導致因無力償債而清盤的行動，應可保障自己，免負責任。

40. 假如高層管理人員未能將公司已瀕於無力償債營商的狀況警告董事局，便有責任就無力償債營商的後果作出補償。由於只有董事局才有權提出自願將公司清盤或發起接受臨時監管，所以，高層管理人員的責任應比董事們輕。然而，那些會知道、應該已知道或有合理理由懷疑公司已無力償債或將會無力償債，而未能向董事局提出警告的管理階層人士，均須負上責任。

41. 由於多數公司的運作是以現金流量作基準的，故很易確定公司在債項到期時能否還債，因此，現金流量的準則是可用作確立公司負責人須負法律責任的基準。

42. 若要董事就公司在無力償債的情況下營商而負責，必須先確立若干事實條件，包括(i)當有關的債務（一項或多項）產生時，該董事是或一向是該無力償債公司的董事；(ii)該公司在當時已無力償債，或理應無機會可以避免陷入無力償債的狀況。之後，清盤人必須考慮在當時(i)董事是否知道有關公司已無力償債，或(ii)董事是否應該已知道公司已無力償債或將會無力償債，或(iii)董事是否有合理根據懷疑公司無力償債或將會無力償債，而未能採取行動防止公司負上該債務。上述要確立的第三項事實條件關乎是否有合理理由懷疑公司無力償債。在下列情況下，董事被視為對公司有懷疑：(i)他當時是知道有令他產生懷疑的根據，或(ii)任何一個身任類似他職位而身處當時公司的情況的董事也會同樣知道。

43. 為確定高層管理人員是否及時作出警告，上文就董事所須確立的事實條件，亦適用於高層管理人員。

## 推定

44. 訂立持續無力償債的推定的作用，可使在證明一間公司於清盤開始之日的前 12 個月內某個時間無力償債時，便可推定該公司由那時間起直至清盤為止的整段時間內無力償債。這可避免公司負責人就公司在無力償債下營商的起訴申請，辯稱該公司在確定無力償債之日至清盤日期間的某日或某段時間實際上是有能力償債的。若能證明公司在清盤之前 12 個月內的某個時間無力償債的情況，便可將提出反證的責任轉移給公司負責人。

45. 假如能證明一間公司在截至清盤開始之日為止 12 個月內某個時間違反《公司條例》第 121 條的規定，未能備存妥當帳目紀錄，便應推定該公司在整段有關時間內無力償債。

## 免責理由

46. 若有就某董事在公司無力償債下營商的申請，該董事須向法院證明，當他知道或應該知道有關公司無力償債或將會無力償債時，或當他有合理根據懷疑公司無力償債或將會無力償債時，他已採取一切應採取的步驟以減輕公司債權人的潛在損失，而法院接納的話，他便無須就該起訴申請負上法律責任。要確定免責理由是否成立，要視乎有關董事所應知道或查明的事實，或應得出的結論，或應採取的步驟，而這些事實、結論或步驟應是甚麼呢？就是一個合理盡責、具備一般執行該董事在公司的職能的董事所應具備的一般知識、技能和經驗，以及具備該董事本身具備的一般知識、技能和經驗的人，所會知道或查明的事實，會得出的結論，或會採取的步驟。

47. 假如有人就一名高層管理人員在公司無力償債下營商向法院提出申請，而該名人員能證明他曾以指定格式向董事局發出通知，指出公司正處於或將陷於無力償債下營商的境況，他便可以免負責任。

## 公司負責人可能有法律責任向公司作出補償

48. 假如法院裁定公司負責人須就公司在無力償債下營商負上法律責任，應可命令該負責人為整體債權人的利益著想向公司作出賠償，而賠償額應該是公司清盤時的資產負債總差額。公司負責人須付的補償額應由法院酌情決定，原因是法院須按個別負責人的行為分別作出判決。就公司在無力償債下營商追討的補償，

應付給公司使全部債權人受惠，並按各債權人現時獲償債的優先次序付給他們，除非法院另有命令則例外。

49. 若法院宣布一名公司負責人，不論他身為董事或高層管理人員，須就公司在無力償債下營商而支付補償，則法院根據《公司條例》第 IVA 部有酌情權，可頒令褫奪該人在任何公司擔任董事的資格。若一間公司因無力償債被迫清盤，而當時一名根據《公司條例》第 IVA 部已遭褫奪擔任董事資格的人出任該公司的董事，則該人可能要為公司的債項負上責任。